

Dominik Horodyski

Od *soft law* do *hard law*: standard transparentności w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym na przykładzie regulaminu transparentności UNCITRAL i Konwencji z Mauritiusa

I. Wstęp

Celem artykułu jest wykazanie, że instrumenty prawne typu *soft law* są skuteczną formą wprowadzania standardów do międzynarodowego porządku prawnego szczególnie w obrębie międzynarodowego prawa inwestycyjnego w sposób umożliwiający osiągnięcie konsensusu większości państw. Instrumenty te pozwalają zatem osiągnąć cele, których nie udałooby się uzyskać przez tradycyjne źródło prawa, jakim jest konwencja zawierająca normy prawne o charakterze *hard law*. Powyższa teza zostanie zbadana w odniesieniu do relacji pomiędzy *soft law* i *hard law* w międzynarodowym prawie inwestycyjnym, a w szczególności w odniesieniu do standardu transparentności na przykładzie Regulaminu transparentności UNCITRAL¹ oraz Konwencji z Mauritiusa², której podstawowym zadaniem jest zapewnienie efektywności standardowi transparentności zawartemu w Regulaminie transparentności poprzez instrument o charakterze *hard law*. Celem dwoistej regulacji jest z jednej strony opra-

¹ UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, UNCITRAL, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-E.pdf> (dostęp: 26.10.2016).

² United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, UNCITRAL, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/transparency-convention/Transparency-Convention-e.pdf> (dostęp: 26.10.2016).

cowanie wysokiego poziomu standardu transparentności w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym, takiego, który byłby dostępny dla wszystkich podmiotów prawa międzynarodowego publicznego oraz inwestorów prywatnych, ale o charakterze niewiążącym, a z drugiej – umożliwienie państwom, które podejmą taką decyzję, związania się tym standardem w drodze podpisania, a następnie ratyfikowania, konwencji.

II. *Hard law* i *soft law* w międzynarodowym prawie inwestycyjnym

a. *Hard law* w międzynarodowym prawie inwestycyjnym

W międzynarodowym prawie inwestycyjnym próby wykorzystania instrumentów *hard law* w celu kodyfikacji tego prawa okazały się w większości przypadków nieudane³. Prace w tym kierunku toczyły się od początku lat 50. XX wieku głównie na forum Organizacji Narodów Zjednoczonych⁴. W tym czasie na skutek dążenia do zwiększenia przepływu prywatnego kapitału oraz wzrostu inwestycji na szczeblu międzynarodowym podejmowane były różne inicjatywy zmierzające do osiągnięcia tego celu. Pierwszą była tzw. Hawańska Karta Handlu i Zatrudnienia z 1948 roku (Havana Charter on Trade and Employment), której zamiarem było stworzenie Międzynarodowej Organizacji Handlu (International Trade Organization)⁵. Następną – prywatna inicjatywa nazywana Abs-Shawcross Projekt Konwencji o Zagranicznych Inwestycjach (Abs-Shawcross Draft Convention on Investments Abroad) z 1959 roku. Kolejny był Projekt Konwencji o Ochronie Zagranicznej Własności (Draft Convention on the Protection of Foreign Property) negocjowany w latach 60. XX wieku pod auspicjami Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (Organization for Economic Co-operation and Development – OECD)⁶. Żaden z tych projektów nie zyskał szerszego uznania większości państw, co – jak się wydaje – jest rezultatem postkolonialnego porządku świata, który wywołał napięcia między państwami rozwiniętymi i państwami rozwijającymi się, a którego kulminacja nastąpiła w koncepcjach przedstawionych w projekcie tzw.

³ A. Reinisch, A.K. Bjorklund, *Soft Codification of International Investment Law*, [w:] *International Investment Law and Soft Law*, red. A.K. Bjorklund, A. Reinisch, Edward Elgar Publishing Ltd. 2012, s. 51.

⁴ C.F. Dugan, D. Wallace Jr., N.D. Rubins, B. Sabahi, *Investor-State Arbitration*, Oxford 2008, s. 46.

⁵ A.P. Newcombe, L. Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, „Kluwer Law International” 2009, s. 19–20.

⁶ C.F. Dugan, D. Wallace Jr., N.D. Rubins, B. Sabahi, *Investor-State...*, *op. cit.*, s. 48.

Nowego Międzynarodowego Porządku Ekonomicznego (New International Economic Order – NIEO)⁷.

Kolejny etap działań zmierzających do opracowania zbioru norm międzynarodowego prawa inwestycyjnego w formie regulacji o charakterze prawnie wiążącej oraz międzynarodowym zasięgu nastąpił na początku lat 90. XX wieku. Wykorzystując sukces NAFTA oraz (równocześnie) rozwój dwustronnych traktatów o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji (Bilateral Investment Treaties – BIT), w 1995 roku OECD rozpoczęła negocjacje Wielostronnego Traktatu Inwestycyjnego (Multilateral Agreement on Investment – MAI)⁸. MAI w założeniu miał być kompleksową umową inwestycyjną pomiędzy 29 członkami OECD, z których większość stanowiły państwa wysoko rozwinięte, tworzącą ramy prawne dla inwestycji zagranicznych w podobny sposób jak GATT reguluje międzynarodowy handel⁹. Dwoma podstawowymi czynnikami, które spowodowały w październiku 1998 roku niepowodzenia MAI, były, po pierwsze, spory między negocjującymi stronami, w szczególności USA, Kanadą i Unią Europejską w zakresie regulacji inwestycji dotyczących przemysłu związanego z kulturą, oraz po drugie, szeroka krytyka wielu międzynarodowych organizacji pozarządowych wymierzona przeciwko arbitrażowi inwestycyjnemu uregulowanemu w MAI na podstawie modelu zawartego w rozdz. 11 NAFTA¹⁰.

W miejsce nieudanych kodyfikacji o zasięgu globalnym sukces osiągnęły dwustronne umowy o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji¹¹, a w późniejszym czasie umowy inwestycyjno-handlowe o zasięgu regionalnym¹².

b. *Soft law* w międzynarodowym prawie inwestycyjnym

Bjorklund wyróżnia trzy kategorie *soft law* w międzynarodowym prawie inwestycyjnym. Pierwsza kategoria obejmuje instrumenty tworzone po to, aby w przyszłości stały się *hard law*. Druga kategoria dotyczy *soft law*, które jest tworzone w odniesieniu

⁷ K. Miles, *The Origins of International Investment Law Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge 2013, s. 93–95; NIEO był zbiorem propozycji sformułowanych przez państwa słabo rozwinięte na konferencjach ONZ dotyczących handlu i rozwoju. Propozycje NIEO zakładały m.in. poddanie zagranicznych inwestorów pod jurysdykcję państw goszczących; dopuszczalność nacjonalizacji ich majątków na warunkach korzystnych dla państw przyjmujących; regulowanie i kontrolę zagranicznych korporacji działających na terenie państwa przyjmującego.

⁸ C.F. Dugan, D.Jr. Wallace, N.D. Rubins, B. Sabahi, *Investor-State...*, *op. cit.*, s. 74.

⁹ M. Waibel, A. Kaushal, K.-H.L. Chung, C. Balchin, *The Backlash against Investment Arbitration Perception and Reality*, „Kluwer Law International” 2010, s. xlvii–xlvi.

¹⁰ C.F. Dugan, D.Jr. Wallace, N.D. Rubins, B. Sabahi, *Investor-State...*, *op. cit.*, s. 75.

¹¹ A. Reinisch, A.K. Bjorklund, *Soft Codification...*, *op. cit.*, s. 310.

¹² Na przykład Traktat o wolnym handlu pomiędzy Ameryką Środkową, Dominikaną oraz Stanami Zjednoczonymi (Central American–Dominican Republic–United States Free Trade Agreement – CA-FTA-DR); Partnerstwo transpacyficzne (Trans-Pacific Partnership – TPP) czy też Kompleksowa Umowa Gospodarczo-Handlowa (Comprehensive Economic and Trade Agreement – CETA).

do istniejących aktów normatywnych o charakterze wiążącym lub w celu wypełnienia luki w prawie, a zatem może pełnić funkcję uzupełniającą oraz regulującą istniejące regulacje prawne. Trzecia kategoria odnosi się do instrumentów, których celem jest wpływ na rozwój zarówno *hard law*, jak i *soft law*¹³. Równocześnie wskazane kategorie nie wykluczają się wzajemnie, gdyż instrumenty typu *soft law* mogą być klasyfikowane zarówno jako wzór dla przyszłego traktatu, jak i wypełnienie istniejącej luki w prawie międzynarodowym¹⁴.

Do pierwszej kategorii można zaliczyć przede wszystkim działalność takich organów międzynarodowych jak Komisja Międzynarodowego Prawa Handlowego ONZ (UNCITRAL) lub Haska Konferencja Prawa Prywatnego Międzynarodowego. Znaczącą rolę odgrywają także NGOs, opracowujące projekty modelowych traktatów, których celem jest bądź przyjęcie ich tekstu przez państwa w procesie stanowienia prawa międzynarodowego, bądź chociaż wpłynięcie na ten proces¹⁵. Istotną rolę odegrały opisane w poprzednim podrozdziale projekty wielostronnych traktatów inwestycyjnych, które ostatecznie nie weszły w życie¹⁶. Mimo ich fiaska akty te wpłynęły na proces stanowienia innych umów międzynarodowych, które zostały przyjęte¹⁷. Interesującą formą *soft law* w międzynarodowym prawie inwestycyjnym są modelowe umowy o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji. Modelowe umowy BIT zostały opracowane przez wiele państw (USA, Kanadę, Niemcy, Francję, Wielką Brytanię) i stanowią podstawę zawierania przez te państwa bilateralnych umów o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji. Umowy BIT stanowią doskonały przykład ewolucji podejścia do międzynarodowego prawa inwestycyjnego, gdyż ich treść zmieniała się na przełomie lat¹⁸. Modelowe umowy BIT ułatwiają negocjacje, ponieważ stanowią punkt początkowy oraz określają w jasny sposób możliwe do wcześniejszego przeanalizowania oczekiwania drugiej strony umowy. Umowy te stają się *hard law* pomiędzy państwami, które je zawarły, ale stanowią również *soft law* dla innych państw, będąc wzorem, na podstawie któ-

¹³ A.K. Bjorklund, *Assessing the Effectiveness of Soft Law Instruments in International Investment Law*, [w:] *International Investment Law and Soft Law*, red. A.K. Bjorklund, A. Reinisch, Edward Elgar Publishing Ltd. 2012, s. 65.

¹⁴ *Ibidem*, s. 65.

¹⁵ Por. np. *The IISD's Model International Agreement on Investment*, za: K. Bjorklund, *Assessing...*, *op. cit.*, s. 65.

¹⁶ Hawańska Karta Handlu i Zatrudnienia, Abs-Shawcross Projekt Konwencji o Zagranicznych Inwestycjach, Projekt Konwencji o Ochronie Zagranicznej Własności OECD, Wielostronny traktat inwestycyjny.

¹⁷ Konwencja o rozstrzyganiu sporów inwestycyjnych między państwami i obywatelami innych państw (Konwencja waszyngtońska lub Konwencja ICSID), NAFTA, CAFTA-DR.

¹⁸ USA opracowały cztery wersje modelowej umowy BIT – 1994 US Model BIT; 1998 US Model BIT, 2004 US Model BIT oraz 2012 US Model BIT, z których pierwsza liczy 11 stron, a ostatnia 42 strony; trzy wersje modelowych umów przygotowały Niemcy (1991, 1998 oraz 2008); po dwie wersje Francja (1999 oraz 2006) i Wielka Brytania (1991, 2008) oraz jedną wersję Kanada (2004).

regu państwa konstruuja swoje bilateralne relacje z innymi państwami w zakresie międzynarodowych inwestycji. Ponadto, dla państw, które opracowały swoją modelową umowę BIT, posiadanie wiążących umów z innymi państwami, które w dokładny sposób odzwierciedlają tę modelową umowę może być bardzo korzystne z punktu widzenia jednolitości oraz pewności prawa¹⁹.

Innymi ważnymi formami *soft law* odnoszącymi się do międzynarodowego prawa inwestycyjnego są ustawy modelowe (*model laws*). Ustawy modelowe mogą być wykorzystane przez państwa, które chcą ukształtować swoje prawo wewnętrzne zgodnie z rozwiązaniami opracowanymi w prawie modelowym. Przykładem skutecznej regulacji o takim charakterze, która została wykorzystana w Polsce, jest Ustawa modelowa UNCITRAL o międzynarodowym arbitrażu handlowym (1985), która została uwzględniona przy nowelizowaniu przepisów kodeksu postępowania cywilnego w zakresie przepisów arbitrażowych ustawą z 28 lipca 2005 roku o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego²⁰.

Do drugiej kategorii A.K. Bjorklund zalicza te instrumenty, których zadaniem jest uzupełnianie luk w prawie lub rozwijanie zagadnień występujących w *hard law*. Instrumenty te mogą pochodzić od rozmaitych grup, włączając międzynarodowe organizacje rządowe, pozarządowe oraz organizacje prywatne. Autorka wyraża przy tym dość kontrowersyjny pogląd, że międzynarodowe organizacje rządowe nie mogą stanowić prawa, gdyż nie mają kompetencji do ratyfikowania traktatów, a zatem wszelkie akty prawne, opracowane przez te organizacje, stanowią *soft law* do czasu ich ratyfikacji przez państwa²¹. Nie wszystkie projekty konwencji opracowywanych w ramach takich organizacji jak ONZ są później ratyfikowane przez państwa i stają się *hard law*²². Jednocześnie ONZ przyjmuje klasyczne instrumenty *soft law*, takie jak deklaracje i rezolucje, które są celowo przyjmowane w taki sposób, gdyż państwa są niezdolne do osiągnięcia porozumienia co do bardziej sformalizowanego instrumentu prawnego w postaci konwencji²³. Instrument typu *soft law* może więc w przypadku braku zgody państw stanowić materialny rezultat konferencji międzynarodowej oraz symbolizować kierunek działania większości wspólnoty międzynarodowej. Instrument *soft law* może obejmować najważniejsze zasady, co do których państwa się zgadzają oraz stanowić punkt wyjścia przyszłych negocjacji na ten temat, a w rezultacie, któregoś dnia skonkretyzować się w postaci *hard law*. Państwa mogą również

¹⁹ K. Bjorklund, *Assessing...*, *op. cit.*, s. 67.

²⁰ Dz.U. z 2016 r. poz. 1822. Por. A. Kąkolecki, P. Nowaczyk, *Źródła prawa o arbitrażu handlowym – polskiego i międzynarodowego* [w:] *Arbitraż handlowy*, red. A. Szumański, Tom 8, Warszawa 2010, s. 55–56.

²¹ K. Bjorklund, *Assessing...*, *op. cit.*, s. 71.

²² Przykładem może być tytułowa Konwencja z Mauritiusa, która została przyjęta przez ONZ w 2015 r., a wejdzie w życie dopiero 18 października 2017 r.

²³ K. Bjorklund, *Assessing...*, *op. cit.*, s. 72, podaje jako przykład Deklarację z Rio w sprawie środowiska i rozwoju.

wybrać instrument typu *soft law* z obawy przed brakiem akceptacji wypracowanych rozwiązań w ich społeczeństwach, dla których pewne idee mogą na obecnym etapie rozwoju być trudne do przyjęcia. Instrument *soft law* może w takiej sytuacji zostać wykorzystany w celu rozpowszechnienia idei, które zawiera, oraz edukacji interesariuszy i społeczeństw w tym zakresie, co ma na celu przygotowanie drogi dla przyszłej, wiążącej regulacji.

Istotne znaczenie dla międzynarodowego prawa inwestycyjnego mają kodeksy postępowania (*codes of conduct*), służące do ustanawiania standardów dla podmiotów niebędących klasycznymi podmiotami prawa międzynarodowego²⁴, a także kodeksy etyczne mające zastosowanie w międzynarodowej judykaturze oraz w międzynarodowym arbitrażu. Na wyróżnienie zasługują m.in. dokumenty opracowane przez Międzynarodowe Stowarzyszenie Prawników (International Bar Association – IBA), które przygotowało ciesząc się dużą popularnością w arbitrażu wytyczne IBA na temat konfliktu interesów (*IBA Guidelines on Conflicts of Interest*) oraz Regulamin postępowania dowodowego IBA (*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*)²⁵. Uznaje się, że za sukcesem *soft law* w międzynarodowym prawie inwestycyjnym stoi jego elastyczność, która jest wyjątkowo ceniona w arbitrażu międzynarodowym²⁶.

Do trzeciej kategorii instrumentów mających na celu wpływ na rozwój prawa wiążącego i niewiążącego można zaliczyć zarówno powyższe przykłady opisanych instrumentów *soft law*, jak i działalność takich ciał międzynarodowych, jak Institut de Droit International, International Law Association czy Komisja Międzynarodowego Prawa Handlowego ONZ (UNCITRAL)²⁷.

III. Standard transparentności w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym

a. Koncepcja transparentności

Problematyka transparentności w międzynarodowym arbitrażu sięga lat 80. XX wieku, aczkolwiek wzrost zainteresowania tą tematyką jest skorelowany z rozwojem arbitrażu inwestycyjnego wynikającego z wielostronnych i dwustronnych trakta-

²⁴ *Ibidem*, s. 73.

²⁵ IBA Guidelines on Conflicts of Interest oraz IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#Practice Rules and Guidelines (dostęp: 26.10.2016).

²⁶ A.K. Bjorklund, *Assessing...*, *op. cit.*, s. 74.

²⁷ Szerzej na ten temat *ibidem*, s. 75–79.

tów inwestycyjnych, który nastąpił na początku XXI wieku²⁸. Ruch na rzecz wprowadzenia transparentności do arbitrażu inwestycyjnego swój początek zawdzięcza regionowi Ameryki Północnej, a konkretnie USA i Kanadzie. Zainteresowanie tych państw bardziej przejrzystym dla opinii publicznej rozstrzyganiem sporów inwestycyjnych jest związane z porozumieniem handlowym NAFTA. Arbitraż inwestycyjny na podstawie NAFTA miał m.in. tę charakterystykę, że wszystkie strony NAFTA występowały w nim zarówno jako państwa pochodzenia inwestora, jak i państwa pozwane przez inwestorów zagranicznych (w przeciwieństwie do początkowego arbitrażu inwestycyjnego na podstawie umów BIT, w których państwo rozwinięte (*developed country*) występowało w zasadzie zawsze jako państwo pochodzenia inwestora, a państwo rozwijające się (*developing country*) jako państwo pozwane²⁹).

Na dość szerokie pojęcie transparentności w arbitrażu inwestycyjnym składają się poszczególne elementy, które były wyróżniane jako zapewniające efektywność tej zasady. Pierwszy to dostęp osób trzecich do postępowania arbitrażowego (*amicus curiae* czy tzw. *third party participation*) oraz możliwość składania w tym postępowaniu pism. Następnie – dostęp do informacji o wszczęciu postępowania arbitrażowego, publikacja dokumentów z postępowania arbitrażowego, jawne rozprawy czy wreszcie publikacja ostatecznych wyroków³⁰.

b. Standard transparentności jako *soft law*

Transparentność w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym była początkowo postulatem międzynarodowych organizacji pozarządowych w USA i Kanadzie, które domagały się dostępu do tego postępowania oraz społeczeństw obywatelskich tych państw³¹. Skutkiem tych działań były decyzje trybunałów arbitrażowych rozstrzygających spory inwestycyjne na podstawie NAFTA o uwzględnieniu stanowisk wskazanych organizacji, działających jako *amicus curiae* w ostatecznym rozstrzygnięciu sprawy³².

²⁸ K. Nadakavukaren-Scheffer, *Article 1. Scope of Application*, [w:] *Transparency in International Investment Arbitration A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*, red. D. Euler, M. Gehring, M. Scherer, Cambridge 2015, s. 30.

²⁹ J. Atik, *Legitimacy, Transparency and NGO Participation in the NAFTA Chapter 11 process*, [w:] *NAFTA Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects*, red. T. Weiler, Transnational Publisher Inc. 2004, s. 135–150.

³⁰ OECD, *Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures*, OECD Working Papers on International Investment, Nr 1, 2005 OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/524613550768> (dostęp: 26.10.2016), s. 2–13.

³¹ Na przykład *Methanex Corporation v. United States* czy *United Parcel Services of America v. Canada*.

³² *Methanex Corporation v. United States*, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as „Amici Curiae”, 15.01.2001, http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0517_0.pdf (dostęp: 26.10.2016).

Następnie istotną rolę odegrała interpretacja przez państwa dotychczasowych traktatów inwestycyjnych (w tym przede wszystkim NAFTA) w kierunku zwiększenia transparentności postępowania arbitrażowego oraz legitymizacji udziału *amicus curiae* w arbitrażu. W ślad za tą tendencją niektóre państwa rozpoczęły prace nad zmianą swoich dotychczasowych modelowych dwustronnych umów o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji, a w miarę upływu czasu do nowo zawieranych umów BIT zaczęto inkorporować przepisy regulujące transparentność, jak również postanowienia chroniące interes publiczny. Znaczącą rolę w procesie otwierania arbitrażu inwestycyjnego odegrały również instytucje arbitrażowe, w tym ICSID, organizacje międzynarodowe jak np. OECD czy UNCITRAL czy, później, Unia Europejska, a także organizacje pozarządowe, jak np. CIEL i IISD.

W rezultacie w 2008 roku UNCITRAL przystąpił do opracowywania instrumentu, który upowszechniłby ideę transparentności i wprowadził ją w sposób normatywny do międzynarodowego porządku prawnego³³. Mając na uwadze sprzeciw wielu państw wobec koncepcji transparentności w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym³⁴, uznano, że opracowanie wiążącego aktu normatywnego nie będzie możliwe. Zamiast tego Grupa Robocza UNCITRAL powinna przygotować jednolite wytyczne o niewiążącej formie, czyli instrument o charakterze *soft law* mogący mieć charakter klauzuli modelowej, możliwej do inkorporacji do traktatów inwestycyjnych, konkretnych zasad dotyczących transparentności, wytycznych lub odrębnego regulaminu³⁵.

Ostatecznie zdecydowano się na opracowanie standardu transparentności w formie odrębnego dokumentu (*stand-alone instrument*), mającego charakter regulaminu arbitrażowego – Regulaminu transparentności UNCITRAL w traktatowym arbitrażu inwestycyjnym (*UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty – Based Investor – State Arbitration*), który został przyjęty przez UNCITRAL na 46. sesji odbywającej się w Wiedniu 8–26 czerwca 2013 roku³⁶. Charakter prawny Regulaminu transparentności jest złożony³⁷. Ogólnie rzecz ujmując, Regulamin transparentności jest aktem zawierającym normy o charakterze *soft law*³⁸. Dokument ten może jednak stać się *hard law*

³³ UNCITRAL Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the work of its forty-eighth session (New York, 4–8 February 2008), A/CN.9/646, s. 225.

³⁴ Por. UNCITRAL Settlement of commercial disputes Transparency in treaty-based investor-State arbitration Compilation of comments by Governments Note by the Secretariat, Vienna, 4–8 October 2010, A/CN.9/WG.II/WP.159/Add.1–4.

³⁵ UNCITRAL Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the work of its fiftieth session, A/CN.9/669, s. 4.

³⁶ UNCITRAL Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the work of its fifty-ninth session (Vienna, 16–20 September 2013), A/CN.9/794, s. 3.

³⁷ Por. K. Nadakavukaren-Scheffer, *Article 1. Scope...*, *op. cit.*, s. 28–63.

³⁸ A. Szumański, *Arbitraż handlowy*, Tom 8, Warszawa 2010, s. 46–47, wskazuje, co prawda w odniesieniu do typowego regulaminu arbitrażowego, że normy w nim zawarte mają charakter ogólny, abstrakcyjny i działają na przyszłość. Stąd mogą one być kwalifikowane jako normy quasi-prawne (normy *soft law*).

poprzez wykorzystanie mechanizmu *opt-in* i *opt-out*. Otóż w odniesieniu do traktatów inwestycyjnych zawartych po 1 kwietnia 2014 roku (data wejścia w życie Regulaminu), w których jako regulamin arbitrażowy jest wskazany Regulamin arbitrażowy UNCITRAL, Regulamin transparentności jest aktem prawnym wiążącym, ale strony mogą w traktacie wyłączyć jego stosowanie (*opt-out*). W odniesieniu zaś do traktatów inwestycyjnych zawartych przed 1 kwietnia 2014 roku, w których rozstrzyganie sporów następuje na podstawie Regulaminu arbitrażowego UNCITRAL (lub jakiegokolwiek innego regulaminu arbitrażowego), Regulamin transparentności znajdzie zastosowanie tylko wtedy, gdy strony traktatu lub strony sporu wyrażą na to zgodę (*opt-in*). Wskazany mechanizm stanowi kompromis pomiędzy państwami optującymi za transparentnością (w szczególności USA, Kanada), państwami wykazującymi pewną rezerwę w stosunku do tej idei (Niemcy, Francja, Polska) oraz zdecydowanymi jej przeciwnikami (Rosja).

Regulamin transparentności jest jedynym instrumentem zawierającym kompleksowe ujęcie kwestii transparentności w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym³⁹. Równocześnie standard transparentności zawarty w Regulaminie jest bardzo wysoki, co dla wielu państw, które nie są przyzwyczajone do pełnej jawności prowadzonych sporów inwestycyjnych, stanowi poważny problem. Na etapie negocjacji sprzeciw państw wobec wiążącego instrumentu prawnego, mającego automatyczne zastosowanie do sporów inwestycyjnych wynikających z dotychczasowych traktatów inwestycyjnych był tak silny, że nie udało się przyjąć takiego dokumentu. Dokument o charakterze *soft law*, który co prawda zawiera wysokie standardy, lecz nie narzuca państwom konieczności ich bezwzględnego stosowania, dopóki nie będą na to gotowe, osiągnął sukces. Te państwa, które chcą prowadzić spory inwestycyjne w sposób transparentny, mogą to robić, te natomiast, dla których jest jeszcze za wcześnie na podjęcie takiej decyzji, mają czas na przygotowanie się do zmiany swojego stanowiska albo obserwacji bieżącej i przyszłej praktyki oraz kalkulacji potencjalnych zagrożeń. Analizując Regulamin transparentności z perspektywy czasu, należy uznać, że osiągnął on zamierzony cel. Został inkorporowany do wielu traktatów inwestycyjnych: CETA, TTIP, a także na podstawie mechanizmu *opt-out* ma on zastosowanie do szeregu umów BIT zawartych po 1 kwietnia 2014 roku⁴⁰.

³⁹ Standard transparentności w różnym zakresie został uwzględniony również w innych aktach normatywnych typu *soft law*: omówionych wcześniej modelowych dwustronnych umowach inwestycyjnych USA z 2004 oraz 2012 r., Kanady z 2004 r.; w projektach zmiany Regulaminu arbitrażowego UNCITRAL opracowanym przez NGOs – CIEL i IISD (CIEL, IISD, *Revising the Uncitral Arbitration Rules to Address State Arbitrations*, luty 2007, http://www.iisd.org/pdf/2007/investment_revising_uncitral_arbitration.pdf (dostęp 26.10.2016)); zmianach Regulaminu Arbitrażowego ICSID w celu uwzględnienia przepisów normujących kwestię transparentności w arbitrażu inwestycyjnym (*Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations*, Working Paper of the ICSID Secretariat, May 12, 2005, <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/Suggested%20Changes%20to%20the%20ICSID%20Rules%20and%20Regulations.pdf> (dostęp: 26.10.2016)).

⁴⁰ Między innymi do umów BIT pomiędzy Kanadą i Hong Kongiem (2016), Japonią i Omanem (2015), Kanadą i Burkina Faso (2015), Japonią i Mongolią (2015), Japonią i Ukrainą (2015), Japonią

c. Standard transparentności jako *hard law*

Mając na uwadze niewiązący, co do zasady, charakter Regulaminu transparentności, Grupa Robocza UNCITRAL podjęła prace w celu przygotowania konwencji na temat stosowania Regulaminu transparentności do obowiązujących już traktatów inwestycyjnych. Celem konwencji było wprowadzenie dla tych państw, które chciałyby stosować Regulamin transparentności do sporów wynikających z obowiązujących traktatów skutecznego mechanizmu prawnego, który by to umożliwiał⁴¹. Ostatecznie konwencja została przyjęta rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ 10 grudnia 2014 roku jako Konwencja Organizacji Narodów Zjednoczonych o transparentności w traktatowym arbitrażu inwestycyjnym (*United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*). Konwencja ma zastosowanie do arbitrażu pomiędzy inwestorem prywatnym i państwem, wszczętych na podstawie traktatu zawartego przed 1 kwietnia 2014 roku (art. 1). Konwencja stanowi w art. 2, że Regulamin transparentności UNCITRAL będzie miał zastosowanie do wszystkich arbitrażu pomiędzy inwestorem i państwem (bez względu na to, czy regulaminem arbitrażu będzie Regulamin arbitrażowy UNCITRAL), w których państwo pozwane oraz państwo pochodzenia inwestora są stronami Konwencji, oraz pod warunkiem, że żadne z tych państw nie wniosło zastrzeżeń. Regulamin transparentności będzie miał zastosowanie także wtedy, gdy państwo pozwane jest stroną Konwencji, a inwestor, pochodzący z państwa niebędącego stroną Konwencji, wyrazi zgodę na jego stosowanie (art. 2.2). Państwo może złożyć zastrzeżenia przez wyłączenie określonego traktatu z zakresu zastosowania Regulaminu transparentności (art. 3.1); wyłączenie sporów rozstrzyganych według innego regulaminu niż Regulamin arbitrażowy UNCITRAL z zakresu zastosowania Regulaminu transparentności; wyłączenie możliwości stosowania Regulaminu Transparentności, gdy tylko państwo pozwane jest stroną Konwencji, a inwestor wyrazi zgodę na stosowanie Regulaminu transparentności. Zgodnie z art. 9 Konwencja wchodzi w życie sześć miesięcy po jej ratyfikacji przez co najmniej trzy państwa. Konwencja została otwarta do podpisu w Port Louis w Mauritiusie 17 marca 2015 roku oraz w siedzibie ONZ w Nowym Jorku, stąd nazwa – Konwencja z Mauritiusa o transparentności (*Mauritius Convention on Transparency*).

Konwencja z Mauritiusa stanowi przykład przekucia aktu prawnego o charakterze *soft law*, jakim jest Regulamin transparentności, w prawo wiążące o randze umowy międzynarodowej, czyli *hard law*. 18 kwietnia 2017 r. Konwencja została ratyfikowana przez Szwajcarię, która jest trzecim państwem, po Mauritiusie i Kanadzie, które

i Urugwajem (2015), Kolumbią i Turcją (2014), Egiptem i Mauritusem (2014) czy Koreą Południową i Australią (2014), http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Rules_status.html (dostęp: 26.10.2016).

⁴¹ UNCITRAL Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the work of its fifty-ninth session (Vienna, 16–20 September 2013), A/CN.9/794, s. 3.

nie tylko podpisało Konwencję⁴², ale także dokonało jej ratyfikacji. Oznacza to, że Konwencja wejdzie w życie 18 października 2017 r. i stanie się tym samym aktem prawa międzynarodowego o charakterze *hard law* w stosunku do trzech państw – sygnatariuszy, pozostając równocześnie aktem prawnym o charakterze *soft law* dla pozostałych członków społeczności międzynarodowej.

Pomimo tego, że Konwencja z Mauritiusa nie weszła jeszcze w życie⁴³, można ją wraz z Regulaminem transparentności uznać za ciekawy przykład wykorzystania możliwości, jakie dają różne instrumenty prawa międzynarodowego w celu promowania pożądanych standardów wśród społeczności międzynarodowej oraz kreowania w sposób niewładczy uniwersalnej praktyki. Nie wdając się w tym miejscu w ocenę standardu transparentności oraz jego zakresu, należy uznać za skuteczny mechanizm polegający na wykorzystaniu instrumentu *soft law* w celu opracowania regulacji o charakterze niewiążącym, która nie tylko wyznacza wysokie standardy, ale też oddziałuje na podmioty prawa międzynarodowego w sposób miękki oraz nadaje się do inkorporacji w aktach prawnych typu *hard law*.

IV. Podsumowanie

Standard transparentności w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym jest koncepcją nowatorską, jej pojawienie się przypada na początek pierwszej dekady XXI wieku. Jednocześnie jest jednym z interesujących przykładów w obrębie międzynarodowego prawa inwestycyjnego na kompleksowe wykorzystanie różnych instrumentów normatywnych (miękkich i twardych) w celu zapewnienia jego skuteczności. Przedstawiona analiza dowodzi, że instrumenty *soft law*, wbrew pozorom, są często dużo skuteczniejszą formą urzeczywistniania celów politycznych niż wiążące regulacje prawne. Pozwalają bowiem nie tylko osiągnąć zamierzenie, jakim jest opracowanie instrumentu prawnego, nawet niewiążącego, wobec którego stanowiska państw są rozbieżne, a często nawet sporne, lecz także dokonać tego w relatywnie krótkim czasie. Wykorzystanie Regulaminu transparentności w umowach międzynarodowych pozwala osiągnąć jednolitość regulacji dotyczących tego zagadnienia,

⁴² Konwencja została podpisana przez 19 państw, w tym przede wszystkim przez państwa Unii Europejskiej, USA i Kanadę.

⁴³ Powodem braku ratyfikacji Konwencji w UE jest spór kompetencyjny pomiędzy UE i państwami członkowskimi w zakresie tego, czy państwa członkowskie muszą uzyskać zgodę UE na podpisanie takiej konwencji wobec przejęcia kompetencji w zakresie polityki inwestycyjnej przez UE, co nastąpiło na mocy traktatu z Lizbony, natomiast po stronie amerykańskiej i kanadyjskiej powodem braku ratyfikacji w przypadku USA i opóźnieniem ratyfikacji przez Kanadę, może być zmiana władzy, która dokonała się niedawno w Kanadzie, oraz wybory prezydenckie w USA i zmiana władzy w tym państwie. Obecnie na skutek odmiennego podejścia nowej administracji amerykańskiej do omawianej problematyki ratyfikacja Konwencji przez USA wydaje się w najlepszym wypadku odłożona w czasie.

co niewątpliwie sprzyja pewności prawa oraz ułatwia jego stosowanie przy poszanowaniu stanowisk państw, które z różnych przyczyn są sceptycznie nastawione do tej koncepcji. Jednocześnie pozwala to państwom na obserwację sytuacji oraz skuteczności bądź, być może, nieskuteczności opracowanego standardu transparentności, co w przyszłości może doprowadzić do zmiany ich stanowiska.

Powyższa teza jest szczególnie widoczna na gruncie międzynarodowego prawa inwestycyjnego, którego historia pokazuje, że narzucanie wiążących regulacji najczęściej było nieskuteczne i prowadziło do porażki całego projektu. Nie zmienia to faktu, że nawet w przypadku gdyby Konwencja z Mauritiusa została ratyfikowana wyłącznie przez nieznaczną ilość państw, to Regulamin transparentności jest zawarty w wielu innych instrumentach typu *hard law*, a zatem jego cel jako forpoczty dla wiążących regulacji został osiągnięty. Poza tym stanowi on wysokiej jakości instrument prawny, który – nawet mimo niewiążącej formy – nie tylko wpływa i oddziałuje na praktykę państw odnoszącą się do międzynarodowego arbitrażu inwestycyjnego, ale też promuje koncepcję otwartego rządu (*open governance*), jawności działań organów państwa, a w rezultacie sprzyja kształtowaniu się społeczeństwa obywatelskiego.